
Datum: 13.09.2000
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 8. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 8 U 79/99
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2000:0913.8U79.99.00

Vorinstanz: Landgericht Paderborn, 7 O 72/98

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 2. März 1999 verkündete Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Paderborn abgeändert.

Das Urkundenvorbehaltsurteil des Landgerichts Paderborn vom 29. September 1998 wird aufgehoben.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen der Kläger zu 65 % und die Beklagte zu 35 %. Für die Kosten der Berufungsinstanz gilt folgende Regelung: Die gerichtlichen Kosten tragen der Kläger zu 58 % und die Beklagte zu 42 %. Die außergerichtlichen Kosten tragen der Kläger zu 74 % und die Beklagte zu 26 %.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Den Parteien wird gestattet, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden, und zwar der Kläger diejenige der Beklagten durch solche in Höhe von 55.000,00 DM und die Beklagte jene des Klägers durch solche in Höhe von 32.000,00 DM, wenn nicht die jeweils vollstreckende Partei in entsprechender Höhe Sicherheit leistet. Jegliche Sicherheit kann auch durch eine selbstschuldnerische, unbedingte und unbefristete Bürgschaft eines als Zoll- oder Steuerbürgen

zugelassenen deutschen Kreditinstituts erbracht werden.

Die Beschwer des Klägers liegt über 60.000,00 DM.

Tatbestand:

Der Kläger schloß mit der Beklagten einen undatierten Vertrag über eine stille Gesellschaft mit Wirkung ab 1. Dezember 1994. Nach § 1 des Vertrags bildeten beide "eine atypische stille Gesellschaft - Mitunternehmerschaft", wobei der Kläger als Treuhänder für Rechnung nicht benannter Dritter handelte, mit denen er nachfolgend Treuhandverhältnisse bezüglich der stillen Beteiligung begründen wollte. Die Einlage in Höhe von 6,6 Mio. DM war vom Kläger nach § 1 Ziffer 3 des Vertrags "in bar und in dem Umfang und zu den Zeitpunkten zu erbringen, wie ... (er) mit seinen jeweiligen Treugebern vertragliche Einlagepflichten begründet hat und die Einlagepflichten von den Treugebern erfüllt werden". Im Vertrag ist unter § 5 Nr. 2 für das Innenverhältnis ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten des Klägers zu einem Katalog von einzeln benannten Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen enthalten. § 6 regelt das Informations- und Kontrollrecht des Stillen, § 13 Ziffer 2 die für die Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens geltenden Regeln. Wegen der Einzelheiten wird im übrigen Bezug genommen auf die Vertragskopie (Bl. 4 - 13 d.A.). Der Kläger zahlte in der Folgezeit 700.000,00 DM als stille Einlage an die Beklagte.

Entsprechend einem Angebot der Beklagten, die einen anderen stillen Gesellschafter gewonnen hatte, schlossen die Parteien eine am 12. und 16. September 1997 unterzeichnete Vereinbarung über die Auflösung der stillen Gesellschaft und die Festsetzung und Zahlung eines Auseinandersetzungsguthabens von 700.000,00 DM. Auch auf die Kopie dieser Vereinbarung (Bl. 14 - 16 d.A.) wird wegen der Einzelheiten verwiesen. Dieser Abfindungsbetrag ist Gegenstand der Klage. Die Beteiligung des neuen stillen Gesellschafters scheiterte, weil die Beklagte mit einem einschlägig vorbestraften Betrüger verhandelt hatte, von dem die Beschaffung einer stillen Beteiligung in zugesagter Höhe nicht bewirkt werden konnte.

Der Kläger verfolgt den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben. Er hat in erster Instanz zunächst ein Urkundenvorbehaltsurteil über einen Teilbetrag von 50.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 19. September 1997 erwirkt und sodann unter Erweiterung der Klage beantragt,

1. das Vorbehaltsurteil vom 29. September 1998 für vorbehaltlos zu erklären,

2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 650.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 19. September 1997 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

unter Aufhebung des Vorbehaltsurteils die Klage abzuweisen.

Sie hat ausgeführt:

Die Grundlagen der Berechnung des Guthabens seien nicht dargelegt. Es fehle an dem Eintritt einer stillschweigend vereinbarten Bedingung, die in der Vereinbarung über die

Auflösung der stillen Gesellschaft enthalten sei, zumindest sei aber die Geschäftsgrundlage dieser Vereinbarung entfallen. Zu dem Einstieg eines neuen stillen Gesellschafters sei es nämlich nicht gekommen. Die Vereinbarung vom 12. und 16. September 1997 werde außerdem angefochten. Der Kläger handele treuwidrig, weil er ausweislich eines von ihm unstreitig an den steuerlichen Berater der Beklagten übermittelten Vermerks (Bl. 40 - 44 d.A.) die Zahlung als "Auseinandersetzungsguthaben" habe deklarieren lassen, um die Haftungsrisiken aus einer Einlagenrückzahlung zu umgehen. Die Abrede verstoße deshalb auch gegen §§ 134 und 138 BGB. Hilfsweise werde aufgerechnet mit einem Schadensersatzanspruch gegen den Kläger. Der Kläger habe die Beschaffung der stillen Einlage von 6,6 Mio. DM als sicher hingestellt. Das Ausbleiben der über 700.000,00 DM hinausgehenden Teilbeträge habe dazu geführt, daß die Beklagte wegen knapper Liquidität nicht die betriebswirtschaftlich optimale Leistung ihrer Produktionsanlagen habe erreichen können und deshalb Mindereinnahmen habe hinnehmen müssen, die von 1995 bis 1997 insgesamt mindestens 3,7 Mio. DM ausmachten.

Im Wege der Widerklage hat die Beklagte einen erstrangigen Teilbetrag der Schadensersatzforderung von 500.000,00 DM - im Range vor den aufgerechneten 700.000,00 DM - geltend gemacht. Sie hat beantragt,

den Kläger zu verurteilen, an sie 500.000,00 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit der Widerklage am 9. November 1998 zu zahlen.

Der Kläger hat beantragt,

die Widerklage abzuweisen.

Das Landgericht ist den Anträgen des Klägers gefolgt. Wegen der Begründung dieser Entscheidung und wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrags wird auf das angefochtene Urteil vom 2. März 1999 (Bl. 208 - 226 d.A.) verwiesen.

Zur Begründung ihrer Berufung gegen dieses Urteil führt die Beklagte aus:

Es sei zu prüfen, ob die Klageforderung nach Auflösung der stillen Gesellschaft noch isoliert geltend gemacht werden könne. Das Landgericht habe verkannt, daß der Kläger mit seinem Begehren versuche, gebundenes Eigenkapital zu entziehen. Eine Gleichstellung der stillen Einlage mit haftendem Eigenkapital sei geboten, wenn dem atypisch still Beteiligten gleiche Rechte wie einem Gesellschafter eingeräumt würden. Das sei vorliegend wegen der Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Klägers und wegen seiner Informations- und Kontrollrechte geschehen. Die vorliegende Bilanz per 31. Dezember 1998 (Bl. 264 - 282 d.A.) weise ein Verlustausgleichskonto von über 20 Mio. DM aus und belege, daß die Kapitalerhaltungsregeln einer Einlagenrückzahlung an den Kläger entgegenstünden. Die Parteien seien übereinstimmend bei Abschluß der Vereinbarung über die Beendigung der stillen Gesellschaft davon ausgegangen, daß es zu dem Eintritt eines neuen Gesellschafters kommen werde. Das habe auch im Text der Vereinbarung Anklang gefunden. Die Nachteile daraus, daß diese gemeinsame Erwartung enttäuscht worden sei, habe sie nicht allein zu tragen. Die im Text erwähnten Ertragsaussichten hätten sich als Irrtum herausgestellt. Wenn die Wahrheit seinerzeit bekannt gewesen wäre, hätte man keine Abfindung vereinbart.

An der Hilfsaufrechnung mit dem Schadensersatzanspruch werde festgehalten. Äußerst hilfsweise werde die Aufrechnung mit einem über 700.000,00 DM hinausgehenden Anspruch auf Erfüllung der Einlageverpflichtung erklärt.

Ein von dem Geschäftsführer der Beklagten gestellter Antrag vom 22. März 1999 auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten ist durch Beschluß des Amtsgerichts Dresden am 7. Oktober 1999 mangels Masse abgewiesen worden. Auf das in Kopie vorgelegte Gutachten des Rechtsanwalts Dr. W. vom 1. Oktober 1999 (Bl. 317 - 333 d.A.) wird verwiesen.	
Im Senatstermin vom 26. Juni 2000 hat die Beklagte mit Zustimmung des Klägers die Widerklage zurückgenommen. Sie beantragt im übrigen,	20
unter Aufhebung des Vorbehaltsurteils vom 29. September 1998 die Klage abzuweisen.	21
Der Kläger beantragt,	22
die Berufung zurückzuweisen.	23
Er verteidigt das angefochtene Urteil mit näheren Ausführungen. Insbesondere hält er die Kapitalerhaltungsregeln für nicht anwendbar, weil der stille Gesellschafter vorliegend nicht zugleich Gesellschafter der GmbH oder der Beklagten gewesen sei. Eine Gleichstellung des Klägers als stiller Gesellschafter mit einem Gesellschafter der Beklagten sei nicht gerechtfertigt.	24
Wegen des weiteren Sachvortrags wird im übrigen auf die in zweiter Instanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	25
<u>Entscheidungsgründe:</u>	26
Die Berufung ist begründet. Das angefochtene Urteil ist abzuändern, soweit das Urkundenvorbehaltsurteil vom 29. September 1998 für vorbehaltlos erklärt und der weitergehenden Klage stattgegeben worden ist.	27
I.	28
Die Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen durchsetzbaren Anspruch gegen die Beklagte auf Zahlung von 700.000,00 DM.	29
1.	30
Über das tatsächliche Zustandekommen der Einigung vom 12./16. September 1997, auf die sich der Kläger allein stützt, besteht unter den Parteien kein Streit. Da die Frage der Auflösung einer stillen Gesellschaft und die Art der nachfolgenden Auseinandersetzung grundsätzlich zur freien Disposition der Beteiligten stehen, bestehen auch gegen die Zulässigkeit einer solchen Abrede grundsätzlich keine Bedenken. Wirksamkeitshindernisse können hier auch nicht aus § 134 BGB oder § 138 BGB hergeleitet werden. Bei einer unerlaubten Rückgewähr von Einlagen und Eigenkapitalersatz sehen das Gesetz und die Rechtsprechungsregeln über eigenkapitalersetzende Leistungen das Aufleben der persönlichen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern oder Rückerstattungsansprüche der Gesellschaft vor. Für eine Anwendung von §§ 134 oder 138 BGB ist deshalb kein Raum. Ein aus der Kapitalbindung resultierendes Auszahlungsverbot ist nicht ein Verbot im Sinne von § 134 BGB. Nichtigkeit nach 138 BGB kann allenfalls angenommen werden, wenn es den Beteiligten mit ihrer Vereinbarung gerade auf die Zahlung unter Verstoß gegen das Auszahlungsverbot ankommt (BGH ZIP 1997, 1450). Dies kann vorliegend für den insoweit entscheidenden Zeitpunkt des Vertragsabschlusses auch nach dem Vortrag der Beklagten nicht festgestellt werden.	31

2.	32
Auch sind die Zweifel der Beklagten gegenüber der Zulässigkeit einer Geltendmachung der Klageforderung als Einzelposten außerhalb einer Gesamtabrechnung nicht berechtigt. Eine Gesamtabrechnung sollte nach der Vereinbarung der Parteien gerade entbehrlich gemacht werden, indem ohne Rücksicht auf die insoweit im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Regelungen ein endgültiger Anspruch auf Zahlung eines bezifferten Auseinandersetzungsguthabens festgelegt wurde. Einer Gesamtabrechnung gemäß § 13 des Gesellschaftsvertrags bedarf es deshalb nicht mehr.	33
3.	34
Dem Anspruch des Klägers aus der Vereinbarung vom 12./16. September 1997 steht aber die kapitalmäßige Bindung der stillen Einlage entsprechend § 30 Abs. 1 GmbHG entgegen, aus der die Beklagte ein Leistungsverweigerungsrecht herleiten kann. Eben dieses Recht macht sie geltend.	35
a)	36
Es entspricht der vom Senat geteilten einhelligen Auffassung, daß die Kapitalersatzregeln auch auf eine GmbH & Co. KG, unter deren persönlich haftenden Gesellschaftern nicht eine natürliche Person ist, anzuwenden sind. Insoweit finden deshalb auch die sog. Rechtsprechungsgrundsätze zu §§ 30, 31 GmbHG entsprechende Anwendung (BGHZ 60, 324), und zwar auch im Hinblick auf einen nur an der Kommanditgesellschaft beteiligten Gesellschafter oder eine einem solchen gleichzustellende Person (BGH NJW 1990, 1725; 1991, 1057; 1995, 1960).	37
b)	38
Der Kläger muß sich die Wirkungen der kapitalmäßigen Bindung seiner Einlage entgegenhalten lassen, obwohl er als Stiller nicht zum Kreis der Gesellschafter der Beklagten gehört. Die Einbeziehung in den Adressatenkreis der Eigenkapitalersatzregeln kann aber auch bei solchen Personen gerechtfertigt sein. Im Fall einer atypischen stillen Beteiligung ist dies anders als bei einem typisch still Beteiligten geboten, wenn die Beteiligung durch schuldrechtliche Vereinbarung dergestalt der Stellung eines Gesellschafters einer GmbH oder GmbH & Co. KG angenähert ist, daß dem Stillen in atypischer Weise eine Teilhabe am Gesellschaftsvermögen und eine Einflußnahme auf die interne Willensbildung der Gesellschaft eingeräumt wird (BGHZ 106, 7 = NJW 1989, 982; erkennender Senat in WM 1997, 2323, 2325; Scholz/Westermann, GmbHG, 9. Aufl., § 30, 41; allein auf eine Verlustbeteiligung abstellend: Roth/Altmeppen, GmbHG, 3. Aufl., § 32 a, 71). In diesem Fall führt die atypische Ausgestaltung dazu, daß der Stille eine bei wirtschaftlicher Betrachtung dem Gesellschafter so weit angenäherte Stellung einnimmt, daß ihm die in den Eigenkapitalersatzregeln zum Ausdruck kommende Mitverantwortung für die Folgen der gewählten Unternehmensfinanzierung auferlegt werden muß. Das trifft auch beim Kläger zu (vgl. zum Problemkreis nunmehr auch Bayer in von Gerkan/Hommelhoff, Handbuch des Kapitalersatzrechtes, S. 332 - 335).	39
aa)	40
In § 5 Nr. 2 des undatierten Vertrags über die stille Beteiligung werden dem Kläger gesteigerte Mitverwaltungsrechte zugebilligt, indem ein umfänglicher Katalog von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen der Beklagten von seiner vorherigen internen	41

Zustimmung abhängig gemacht wird. Dieser Katalog enthält entgegen der Auffassung des Klägers auch nicht nur solche Geschäfte und Handlungen, zu deren Vornahme es auch der Zustimmung eines typisch still Beteiligten bedürfte. Während der Inhaber ohne Zustimmung auch eines typisch still Beteiligten nichtwesentliche Grundlagen des Gewerbebetriebs ändern darf (Beispiele sind die Aufnahme anderer stiller Gesellschafter, die Ergebnisbeteiligung für Dritte, die Aufgabe oder wesentliche Einschränkung des Geschäftsbetriebs, die Änderung des Unternehmensgegenstands, die Gesellschaftsumwandlung), ist im vorliegenden Fall zugunsten des Klägers ein deutlich weitergehender Zustimmungsvorbehalt vorgesehen, zum Beispiel auch für die Veräußerung oder Verpachtung von Unternehmensteilen, für den Erwerb oder die Belastung von Unternehmensbeteiligungen, für die Gründung von Zweigniederlassungen, insbesondere aber sogar für alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen. Mit der zuletzt genannten Regelung (§ 5 Nr. 2 lit. g des Gesellschaftsvertrags) erhält der still beteiligte Kläger eine Stellung, wie sie § 116 Abs. 2 HGB für den Gesellschafter einer OHG vorsieht. Dies geht weit über das hinaus, was das Gesetz dem typisch still Beteiligten an Mitwirkungsrechten einräumt. Ähnlich bevorzugt gegenüber dem typisch still Beteiligten behandelt der vorliegende Vertrag in § 6 den Kläger hinsichtlich der Informations- und Kontrollbefugnisse. Es ist eine umfangreiche Berichtspflicht der Beklagten gegenüber dem Kläger, teilweise sogar im Quartalsrhythmus, vorgesehen.

bb) 42

Die schuldrechtliche Beteiligung des Klägers am Vermögen der Beklagten wird in einem außergewöhnlich großen Umfang in § 13 des Vertrags geregelt. Das Auseinandersetzungsguthaben des stillen Gesellschafters soll danach ermittelt werden aus dem lediglich um das Kapital und etwaige Zahlungsansprüche der Geschäftsinhaberin gegen die stille Gesellschaft verminderten Verkehrswert des Betriebsvermögens einschließlich stiller Reserven, wobei lediglich der Firmenwert und schwebende Geschäfte außer Betracht bleiben. Danach fließt jedenfalls ein erheblicher Teil der Wertsteigerungen des Gesellschaftsvermögens dem Stillen zu, nämlich ungeteilt alle Vermögenszuwächse, soweit sie sich nicht auf Konten der Beklagten, im Firmenwert oder in schwebenden Geschäften wiederfinden. Auch dies weicht deutlich von der in § 235 HGB vorgesehenen Regelung für den typisch still Beteiligten ab. Es kann dahinstehen, ob schon allein die auf den Betrag seiner Einlage begrenzte Verlustbeteiligung des Klägers gemäß § 9 Abs. 1 des Vertrags ausreichen würde, auch den typischen stillen Gesellschafter in den Adressatenkreis der Kapitalersatzregeln einzubeziehen (in diesem Sinne wohl Roth/Altmeyers, aaO).

cc) 44

Einen Beleg dafür, daß diese Würdigung den vertraglichen Abreden der Parteien gerecht wird, sieht der Senat darin, daß in § 1 des Vertrags die stille Gesellschaft ausdrücklich als eine "Mitunternehmerschaft" bezeichnet wird. Es ist anzunehmen, daß die Parteien bei dieser Formulierung sich von den steuerrechtlichen Konsequenzen der Beteiligung haben leiten lassen. Gleichwohl deutet die Vertragsfassung darauf hin, daß auch die Parteien erkannt haben, daß dem Kläger eine dem Gesellschafter der Beklagten vergleichbare oder jedenfalls stark angenäherte Rechtsposition verschafft werden sollte.

dd) 46

Seine Einbeziehung in den Adressatenkreis der Kapitalersatzregeln ist deshalb gerechtfertigt und geboten. 47

48

c)

Die von dem Kläger erbrachte Einlage stellt eine Finanzierungshilfe im Sinne der Regeln des Eigenkapitalersatzes dar, die kapitalmäßiger Bindung zu unterwerfen ist. Es steht außer Zweifel, daß die Einlage des Stillen grundsätzlich als eine solche Finanzhilfe in Betracht kommt (von Gerkan/Hommelhoff, Kapitalersatz im Gesellschafts- und Insolvenzrecht, 5. Aufl., Rz. 4.16). Die weiteren Voraussetzungen für die Qualifizierung dieser Einlage als Eigenkapitalersatz liegen vor. 49

aa) 50

Nach dem insoweit unstreitigen Vortrag der Parteien war die stille Einlage von vornherein durch die Vereinbarung der Parteien dazu bestimmt, an die Stelle von Eigenkapital zu treten und dessen Funktion zu übernehmen. Die Beklagte legt umfangreich dar, daß sie mangels Kreditwürdigkeit auf die Einlage angewiesen war, um die unternehmerischen Pläne zu verwirklichen und überleben zu können. Dagegen wendet sich auch der Kläger nicht. Sein Vermerk über die "Auflösung (Beendigung) der atypisch stillen Gesellschaft" (Bl. 40 - 44 d.A.) belegt, daß er dies ebenso gesehen hat. 51

bb) 52

In einem solchen Fall wird die Finanzierungshilfe, die bei Eintritt der in § 32 a Abs. 1 GmbHG umschriebenen Lage nicht abgezogen werden darf, in diesem Zeitpunkt automatisch umqualifiziert in Eigenkapitalersatz (BGH NJW 1999, 2809, 2810). Diese Lage war bei der Beklagten hier schon lange Zeit, jedenfalls schon bei Abschluß der Vereinbarung vom 12./16. September 1997, gegeben. Dem unstreitigen Parteivortrag ist zu entnehmen, daß der Beklagten die finanziellen Mittel fehlten, um ihren Geschäftsbetrieb aufrechterhalten zu können. Ab März/April 1997 ist die Produktion in ... eingestellt worden. Nennenswerte Einnahmen können seither aus dem laufenden Betrieb nicht mehr erwirtschaftet werden. Das Engagement der Firma C. als Kommanditistin hatte sich bereits im Sommer 1997 mit deren Ausschluß (Eintragung in das Handelsregister am 10. Juli 1997) erledigt und bot keine Zukunftsperspektiven mehr. Seither ist die Beklagte nicht mehr lebensfähig. Hinreichende Mittel zur Begleichung ihrer Verbindlichkeiten fehlten und fehlen. Bereits bei Abschluß der Vereinbarung über die Beendigung der stillen Gesellschaft war deshalb die Beklagte in der Krise. Von dem seinerzeit als "Retter" erwarteten Herrn E. konnte sie unstreitig objektiv keine Hilfe erwarten. 53

cc) 54

Auf subjektive Voraussetzungen kommt es nicht an, wenn wie hier schon bei der Hingabe der Finanzierungshilfe diese nach der getroffenen Vereinbarung an die Stelle von Eigenkapital treten sollte. 55

d) 56

Einer Rückzahlung der Einlage an den Kläger, hier in Form der Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens, steht § 30 Abs. 1 GmbHG in analoger Anwendung entgegen, weil ausweislich des vorgelegten Gutachtens, das aus Anlaß des Insolvenzeröffnungsverfahrens von Rechtsanwalt Dr. W. erstellt worden ist, die Beklagte über freie Mittel zur Rückzahlung nicht verfügt. Sie bedarf dieser Mittel vielmehr zur Deckung des Stammkapitals bzw. der darüber hinausgehenden Überschuldung. 57

4.	
Auf die von der Beklagten geltend gemachten Hilfsaufrechnungen kommt es nicht an.	59
II.	60
Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 92, 269, 708 Nr. 10, 711, 546 Abs. 2 ZPO.	61
